

POR

EL SEÑOR MARQVES de Leganes, Vizconde de Butarque, del Consejo de Estado de su Magestad, y su Teniente General: y por el Marques de Morata su hijo primogenito.

CON

El señor Duque de Medina de las Torres, Sumiller de Corps de su Magestad, y de su Consejo de Estado.

SOBRE

La Tenuta de los mayorazgos, y Estado de san-Lucar, Mayrena, y Açarcollar, y las rentas, Patronazgos, honores, oficios, y demas bienes comprehendidos en ellos.

A

La

1 A Cortedad, y eſtrecheza del tiempo obligan a que ſea breue eſte diſcurſo, con ſatisfacion, y ſeguridad de que el Conſejo ſabe, y acoſtumbra ſuplir los defectos de los Abogados, y que la juſticia del ſeñor Marques de Leganes, y del Marques de Morata es tan clara que no nos pone en cuidado de acreditarla con mas dilatadas alegaciones.

2 En dos articulos diuidiremos la demoſtracion de la juſtificacion de la defenſa del derecho del ſeñor Marques de Leganes, y del Marques de Morata.

3 En el primero fundaremos, que ſe les deue conceder la manutencion, y amparo que han pedido de la poſſeſsion que ſe les ha dado de los bienes cõprehendidos en eſtos mayorazgos, negando al ſeñor Duque de Medina de las Torres la adminiſtracion, ò ſequeſtro que pretende dellos.

4 En el ſegundo, que el ſeñor Duque de Medina de las Torres no puede competir, ni tiene cauſa para impugnar, ni contradezir eſte remedio poſſeſſorio de que nos valemos.

ARTICVLO PRIMERO.

5 Es hecho indubitable, que por muerte del Marques de Mayrena vltimo poſſeedor deſtas caſas, Eſtados, y mayorazgos ſe dio la poſſeſsion dellos al ſeñor Marques de Leganes, y Marques de Morata, con preuencion a la que intentò pedir el ſeñor Duque de *Medina* de las Torres, y aſsi conſta por los autos judiciales de que ſe hizo relacion al Conſejo, y aunque de cada coſa ſe dio la poſſeſsion eſpecificamente, baſtàra auerſe tomado de las cabeças de eſtos Eſtados, para que comprehendiera todos los miem-

miembros dellos, *vt docet Bald. in l. 1. num. 24. verſ. Tu dic. C. de emancip. liber. Felin. in cap. auditis, num. 19. verſ. Et dicit Bald. de præſcription. Rota Rom. deciſ. 2. num. 3. eod. tit. in nouiſ. Socin. conſ. 111. num. 4. lib. 1. Aym. Crauet. conſ. 55. num. 1. verſ. Sed reſponde. Alexand. Ludouiſ. deciſ. 557. num. 2. & 3. & ibi Oliuerius Beltramin. in annotation. num. 6. & ſequent.* à donde refiere otras autoridades, y aũque en el *num.* 12. pone dos limitaciones, ninguna nos prejudica; idem tenet cum pluribus *Salgad. de Reg. protect. 3. part. cap. 10. num. 130. latè Poſtius de manutent. obſeruat. 73. à num. 92.*

6 Con eſte preſupueſto ſe excluye la pretenſion del ſequeſtro, intentada por el ſeñor Duque de Medina de las Torres, al qual reſiſte la prohibicion del derecho aſſegurada con el texto *in l. vnica, C. de prohibita ſequeſtrat. pecun. l. iubemus,* la 2. *& ibi Bart.* per illũ textum, *num. 5. C. de erogat. militar. annonæ lib. 12. Iaſon in l. ſi fideiuſſor. §. ſi ſatisdatum, num. 12. ff. qui ſatiſdare cogantur, Rebuf. in commentarijs ad conſtitutiones Gallicas, tractat. de ſequeſtrat. art. 1. gloſ. 12. num. 3. Guidon Foian. tract. de ſequæſtrationib. regul. 6. num. 1.* adonde refiere muchas autoridades, *& n.* 3. dize, que aquella palabra, *pecuniæ,* pueſta en la rubrica deſta *l. vnica,* ſe ha de entender larguiſsimamente de omnibus rebus, & corporibus, *ex l. pecuniæ verbum, ff. de verbor. ſignif.* y lo confirma con otros Doctores.

7 Y por eſta cauſa entra con grandiſsima dureza la pretenſion del ſeñor Duque de Medina de las Torres: porque tenia obligacion de probar que el ſequeſtro que pide es en caſo exceptuado deſta regla, *Pariſ. conſ. 41. num. 17. lib. 1. Alexand. conſ. 163. in princip. lib. 6.* Y no ſe puede aplicar lo que en eſta materia ſe conſidera, para facilitar el ſequeſtro de temor

mor de dissipacion, sospecha de fuga del deudor, y otros casos semejantes, que son de menos perjuizio: porque en ellos se puede euitar con dar fiança, sin ser necessario esperar a la sentencia, dict. *l. si fideiussor. §. si satisdatum, ff. qui satisdare cogantur, Angelus Aretinus in l. Imperatores, §. fin. ff. de apellat.* Y en estos el sequestro no priua de la possession al que la tiene: porque solo se entregan los bienes al depositario, para que los guarde, vt docet *Cyn. Bart. Bald. Salicet.* & post eos, *Curt. Senior in dict. l. vnica, C. de probibita sequestrat. pecunia, num.* 64. pero si se mandasse hazer el *sequestro* en bienes de mayorazgo, seria de grauissimo perjuizio: porque es preciso que dure hasta la sentencia, y como la causa principal de hazerse mira a la controuersia de qual de los litigantes es legitimo posseedor, priua de la possession al que los tiene, y se transfiere en el sequestro, *l. licet, §. rei deposita, ff. depositi, Aretin. in l. interesse puto, ff. de adquirend. posses.* y otros que refiere, y sigue *Menoch. de retinend. posses. remed. 3. à num. 38. vsque ad 93.*

8 Y en esta materia el *sequestro* en bienes de mayorazgo (pendiente el juizio de tenuta) solamente se suele hazer en el vno de dos casos, quando ambos litigantes tomaron la possession dellos, y no consta qual de los dos fue primero, y vno a otro se embarazan, y puede resultar el escandalo que quiso impedir la *l. æquissimum, ff. de vsufruct.* cum alijs, assi lo aduierte *Paz tract. de tenuta cap. 10. num. 15. cum sequentibus.* Y el otro es, quando ninguno de los litigantes tomò possession de los bienes, y ambos a vn mismo tiempo la pretenden tomar, y desta competencia se puede temer peligro, ne deueniant ad arma, vt optimè docet *Inocent. in cap. in præsentia, num. 2. de probat.* ibi: *Si neuter dicit se possidere, sed vterque cum armis festinat accipere possessionem, & tunc fructus harum*

rum rerum à nemine possessarum teneb untur, & seruabuntur sicut fructus iacentis hæreditatis, *& hoc est verum quando dubitatur ne simul concurrant*, lo mismo enseñò *Bald. in l. fin. num. 3. & 10. C. de edict. Diu. Adrian. Tollend.* ibi: *Cum contenditur de possessione vacante, fructus interim sunt sequestrandi si videtur iudici, quòd iura partium sunt obscura, & sit metus armorum, aliàs non fit sequæstrum*. Y cō otras autoridades en terminos *Anton. Gom. in l. 45. Tauri sub num. 125.* y con distincion destos casos *Aluar. Valasc. consultat. 191. num. 33. vers. Quid autem in alio casu, & num. 40. vers. Rursus.*

9 Pero quando consta que vno de los litigantes tomò la possession quieta y pacificamente, como en nuestro caso se dio al señor Marques de Leganes sin que el señor Duque de Medina de las Torres la huuiesse tomado, no puede auer lugar el sequestro, sino que ha de ser amparado en su possession, de tal manera que de hecho a quien quisiesse perturbarle se le podia impedir, y estoruar, vt docet magistraliter *Inocent. in dict. cap. in præsentia de probat.* ibi: *Permitatur vterque ire ad occupandam possessionem vacantem, & qui præuenerit in ea defenditur de iure donec alius de iure suo probet, &c.* Et inferius ibi: *Quando certum est quod vnus alium præuenire potest: nunquam est impediendus, vel etiam prohibendus ingredi possessionem, sed alius est prohibendus à molestatione primi ingressi.* Y tomada la possession por alguno dellos, y hecha la prohibicion al otro, para que no le inquiete, resuelue que esto ha de durar hasta que se acabe el pleito sobre la possession, ò propiedad de la herēcia, de manera que en nuestro caso afirma que no se deue hazer sequestro contra el posseedor, y lo mismo dixo *Bald. in l. quidam æstimauerunt, sub num. 5. vers. Secundo casu, ff. de reb. credit.* vbi quod semel

adepta possessione hereditatis vacantis partes iudicis sunt prohibere impedientem, *vt in l.fin.C. de officio procurat.Cæsaris idem Bald.in d.l.fin.num.* 10. *C. de Edict.Diu.Adrian.Tollend.*ibi: *Item si vnus possidet, interim alius iuuetur ne eum turbet, & possessor recipit fructus secundum Innocentium; nam litependente nihil est innouandum contra possessorem*, y le sigue ibidem *Dec.num.7.Guid.Pap.decis.578.num.1. Afflict.decis.98.num.2.Capic.decis.96.num.* 11. *&* 13. Benitend.*decis.73.num.8.Menoch.de adipiscend.possess.remed.6.num.12.cum sequentibus, Achiles Personalis de adipiscend.posses.num.12. & 39. Ludouic. Post. tract.mandati de manutenendo*, refiriẽdo a muchos, obseruat.*75.num.3.cum sequentib.*præcipuè, *nu.16.* vbi quòd quando constat de alicuius ex partibus possessione; non est apponendum sequestrum, & *num.22.*dize que esto procede aunque se pida con pretexto de escusar escandalos, y pendencias; *quia iudex, nec ob armorum timorem, & aduersarij potentiam, seu ob scandalum vitandum debet venire ad desperatum sequestrationis remedium, & actualem possessorem spoliare, sed debet possessorem de presenti conseruare in sua possessione*, y para esta conclusion refiere a muchos, & optimè *Paris.dict.cons.41. num. 31. &* 35.

10 Y en sequestro que se pretende en bienes de mayorazgo tiene lo mismo *Ant. Gom. in dict. l.45. Tauri, num.125.vers.Vnum tamen est, Aluar.Valasc. dict.consult.191.num.38.ex l.meminerint, & l.auctoritatem, C.vndeui*, aliter enim iudex ipse vim faceret non permitendo partem vti sua possessione, vt in *l.vim facit, ff. de vi, & vi armata* quod ius abhorret, & notatur *in cap.conquerente de restit.spoliator.*& frustratorium esset remedium vti possidetis, *D.Cobarruu.practicar.cap.17.num.1.D. Molina de pri-*

*primogen.lib.3.cap.13.num.72.*ibi: *Prouidendo quod possideat litependente ille quem ex probationibus, seu aliter constat tempore eiusdem litis motæ possedisse*, *Matienço in l.9.glos.1.num.2.tit.7.lib.5.Recop.* quos refert, & sequitur *Paz de tenuta dict.cap.10. à num.1. vsque ad num.15. Pater Molina de iust. & iur. disput. 638.num.10.*

11 Y lo mismo sintio *Mieres de maiorat.3. part.q.7.* donde auiendo dicho al principio que muchas vezes en pleitos desta calidad se manda hazer sequestro, dize *num.*9. que para el son menester tres requisitos. *Primum*, quod non constet iudici quis possideat. *Secundũ*, quòd sit inter partes cõtẽtio quis possideat. *Tertium*, quòd verisimiliter iudex timeat ne partes veniant ad arma. Y asi quando faltan los dichos requisitos resuelue, que no se deue hazer el dicho sequestro, siguiendo la doctrina de *Bald. cons.* 244. *non tangendo, lib.*3. quem etiam sequitur *Natta cons.*246. *in fin. lib.*2. que dizen, quòd in rebus feudalibus nõ admititur sequestratio, vbi constat de possessione, sed potius inhibendum est non possidenti, quòd sua auctoritate non accedat ad possessionem. Y de la doctrina de Baldo, y de los demas que alega num.10. y 11. saca en el num.12. esta consequencia *ex cuius resolutione inferri potest bonum esse consilium illi, qui prætendit se esse legitimum successorem in bonis maioratus præuenire, & petere possessionem, & eam accipere propria auctoritate, vt sequestratio euitetur.* Y en nuestro caso, como està dicho, no entrò el señor Marques por su auctoridad, sino por la del juez, con que goza de la regla de la *l. iustè possidet. ff. de adquir. posses.* ex late adductis *per Postium de manutent. obseruat.12. à num.1. Paz de tenuta cap.9.num. 6. & 22. cap 10.num.*24. adonde dize, que de ninguna manera se deue hazer el *sequestro*, sino que ha de ser el que tomò la possession de los bienes amparado en ella

mien-

mientras dura el pleito, idem tenet *D. Larrea decis. Granat. 58. num. 1. & 2.*

12 Estas conclusiones adorna doctissimamente *D. Palacios Rub. in l. 45. Tauri, num. 4. & sequentib.* adonde prueua con muchos textos, y auctoridades que el posseedor de los bienes de mayorazgo ha de ser amparado en su possession, aunque se pretenda que contra el ay presuncion de derecho, y alega el *cap. licet Episcopus de præbend. lib. 6.* Y que no puede ser despojado sin conocimiento de causa ex textu singul. in *l. 1. § necessario, ff. si ventris nomine mulier in possessionem missa sit*, y demas de otros Doctores num. 11. cita à *Oldrald. cons. 224.* que en caso semejante al deste pleito defiende que al posseedor se ha de dar manutencion. Y en el num. 12. dize estas palabras: *Ex prædictis concluditur, quòd lex ista, quæ trãsfert possessionem rerum maioratus in sequentem in gradu, mortuo vltimo possessore, debet intelligi, quando* ILLE SEQVENS IN GRADV EST CERTVS, ET DETERMINATVS, *vt colligitur ex verbis istius legis cum dicit*, en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayorazgo deuiere suceder en el. *Si autem inter duos, vel plures est contentio super successione maioratus, & fortè lis pendet inter eos, neuter dicetur possessor, donec sit hoc decisum ad quem pertineat.* Y prosigue *num. 13.* ibi: *Sed si fortè stante huiusmodi probabili dubio vnus ex contendẽtibus præcurrat. & possessionem realiter apprehendat, ille dicetur possessor, & tuebitur in possessione*, DONEC CAVSA FINEM DEBITVM SVSCIPIAT, y esta sola doctrina bastara para excluir la pretension del señor Duque de Medina de las Torres, por la grande autoridad del señor *Palacios Rubios*, que fue del Consejo, y doctissimo, y escriuio explicando esta l. 45. auiendo sido vno de los que eligieron los señores Reyes

Ca-

Catolicos, para hazer las leyes que llaman de Toro, por auerse promulgado en esta ciudad, y en estos mismos terminos entiende asi esta *l.45. D.Couar. practicar. cap. 17. sub n.5. versic. Ego verò in fin.* y asi con seguros fundamētos se excluye el sequestro, que es incompatible con la manutenciō, y mucho mas con la administracion que pretende el señor Duque de Medina de las Torres.

13 Y son tan ciertas las conclusiones que defendemos, que aunque el señor Duque de Medina de las Torres huuiera pedido la possesion antes que el señor Marques de Leganes, y se le huuiera mandado dar por el Iuez, sin conocimiento de causa, si real y corporalmente no la huuiera aprehendido en execucion del auto, y el señor Marques de Leganes la huuiera ocupado, auia de ser amparado en ella, porque los autos, o sentencia del juez, mientras no se executan, no dan possesion, ni priuan della, *Alexand. Ludou. decis. 546. num. 9. & 10.* ibi: *Sententia enim, sine executione non priuat possessione, Cassador. decis. 7. de caus. posses. & proprietat. quia sola volūtas, & iussus Iudicis non sufficit pro ea transferenda, Paleot. decis. 215. Ludouic. Post. tractat. de manut. obseruat. 12. num. 161. & 162.* & post eundem tractat. *decis. 613. num. 6.* Y esta conclusion se prueua con el ☞ *Texto* singular in *l. non est mirum 26. ff. de pignorat. act.* ibi: *Sciendum est vbi iussu Magistratus pignus constituitur, non aliàs constitui*, NISI VENTVM FVERIT IN POSSESSIONEM.

14 Y para euitar el sequestro, y excluir la pretensiō del señor Duque de Medina de las Torres, basta auerse tomado por el señor Marques de Leganes, o por el Marques de Morata la possesion, quia per quemcumque potest adquiri possesio, scilicet per procuratorem, tutorem, vel curatorem, *l. 1. §. per*

pro-

procuratorem,ff.de adquir.posses. y por qualquier persona libre, *l. 1. C. eodem tit.* y aunque no aya tenido poder, si ratifica aquel en cuyo nombre se tomò, *l. bonorum, ff. rem rat. haberi*, y por la ratificacion competen los remedios possessorios, *Rot. Rom. decis. 9. tit. de restit. spoliator. in nouis. Alex. cons. 110. sub n. 2. versic. Praterea testis lib. 1. Aymon Crauet. cons. 5. n. 16.* quos refert & sequitur eadem *Rot. Rom. apud Alex. Ludouis. decis. 50. num. 4.*

15 Y tambien es conclusion cierta, que de lo que en mi nombre posseo, puedo transferir la possessión a otro, quedandome en ella, *l. quod meo, ff. de adquir. possess. l. quadam mulier, ff. de rei vindicat.* y de qualquier suerte que se considere, siempre se hallan realmente posseedores el señor Marques de Leganes, y el Marques de Morata, y el señor Duque de Medina de las Torres sin possessión, porque la que dize q̃ se le dio, fue de vnos instrumentos, que si algun valor pudiera tener, fuera solamente entregandolos el verdadero dueño, o persona que tiene la possession de la cosa, que en estos terminos habla la *l. 1. C. de donat.* vt docet *Glos.* in eadem, lege *Rebuf. in commentariјs ad leges Gallicas tom. 3. tractat. de materiјs possessoriјs in præfatione nu. 80.* que refiere otras autoridades, pero no en los actos judiciales, como arriba se ha fundado; porque el Iuez no tiene dominio, ni possession de las cosas corporales, contenidas en los instrumentos.

16 Y finalmente para este remedio sumarissimo de la manutencion, no se admite question alguna que mire a la justificacion de la possession, ni a la causa della, ni a los meritos, o derecho de posseer, *D. Couar. practicar. dict. cap. 17. num. 1. Paz tractat. de Tenuta cap. 2. num. 32. & cap. 9. num. 19.* y latissimamẽte *Postio tract. de manut. obseruat. 42.* con copiosissi

mas

mas alegaciones, y seguras conclusiones, y solamē te se atiende a la actual possession, o detentacion, desnuda, y simplemente: y en el *num.* 126. dize estas palabras, ibi: *Non est igitur permittendum, vt quis possessorem seu detentorem, etiam iniustum, vitiosum, spoliatorem, prædonem, clandestinum, violentum, vel precario posidentem impediat, & turbet, & cogat inuitũ agere, vel de meritis, & iustitia, vel iniustitia possessionis disputare: etiam quòd prætendat se esse verum, & iustum possessorem: sed est ille coercendus, & cogendus, vt facta prius desistentia à turbatione contra hunc, dirigat iudicium in ordinario possessorio*: y en esta conformidad a quien verdaderamente tomò, y retiene la possession, se le ha de conceder la manutencion.

ARTICVLO SEGVNDO.

17 Intempestiuamente se trata de examinar los fundamentos que representa el señor Duque de Medina de las Torres, para impedir la manutencion que piden el señor Marques de Leganes, y Marques de Morata, de los quales se ha de conocer en la causa principal; pero para mayor credito del derecho, y justicia que defendemos (procurando que el principal estudio deste discurso sea la breuedad) diremos las razones que nos asisten.

18 En el testamento que el señor Conde Duque otorgò en esta villa en diez y seis de Mayo de 1642. refiere las grandes mercedes que ha recibido de su Magestad, funda mayorazgo dellas, y encarga a sus sucessores perpetuo reconocimiento, mandando, que qualquiera que lo fuere, sobre su nombre propio ponga el de Phelipez y Guzman: haze diuersos llamamientos, y substituciones, y manifiesta, y encarece el amor que ha tenido al señor Marques

ques de Leganes su primo, dize, que siempre le ha estimado como hijo, y finalmente en falta de los primeros llamamientos, nombra a los descendientes del señor Marques de Leganes, para la sucessiõ de los Estados, y mayorazgos sobre que se litiga, y a falta dellos, a los del señor Duque de Medina de las Torres: todos los primeros llamamientos faltaron, y por este testamento no se puede dudar, que el señor Marques de Leganes, y sus descendientes le tienen expresso, y literal, con prelacion al señor Duque de Medina de las Torres, y a los suyos, ex *l. cum ita, §. in fideicom. ff. de legat. 2. l. hæredes mei 57. §. peto de te, ff. ad Senat. Cons. Trebell.* ibi: *Propter gradus fideicommissi præscriptos:* y assi no se puede dudar del derecho del señor Marques de Leganes, y Marques de Morata, hijo primogenito descendiente suyo, ni admitir competencia del señor Duque de Medina de las Torres.

19 Funda su pretension el señor Duque, en vn poder, que se presupone auer otorgado el señor Conde Duque en Toro, a 19. de Iulio de 1645. a la señora Condesa, Duquesa de san Lucar su muger, para testar, en que suena auerle instituido por su heredero, y en el testamento, que en virtud dèl otorgò la señora Condesa, y por esto dize, que el testamento primero del año de 1642. quedò reuocado, y que assi en virtud deste vltimo, le toca la sucession destos Estados, y Mayorazgos, y la possession dellos, pide la tenuta, y que este vltimo llamado testamento, se execute, sin que se admitan por legitimos contraditores al señor Marques de Leganes, y al Marques de Morata.

20 *Cæterum* en concurso de dos testamentos, quando contra el segundo se opone algun defeto, tiene contra si el señor Duque de Medina de las Torres

la

la comun resolucion que se suspende la execucion, y en juizio contencioso se ha de determinar qual de los dos testamentos se ha de executar, y esta es decision indubitable de la *l.3.tit.14.part.6.*ibi: *Delante el juez viniendo algun home que mostrasse el testamento, en que fuera establecido por heredero de otro, è pidiesse que le metiessen en possession de la heredad, segun dize en la ley antes desta, si otro alguno viniesse ante aquel mismo juez, è dixesse que el auia mejor derecho en la heredad, porque fuera despues establecido por heredero del facedor del testamento, ò por otra razon alguna que mostrasse, è que dixesse, que lo queria luego probar, estonce el juez debe ver amos los testamentos, è oir las razones de amas las partes, è el que mostrasse que ha mejor derecho en la heredad, aquel debe ser entregado en ella.*

21 Y en esta conformidad lo resuelue *Cæsar Argel. tractat. de legitimo contradictore quæst. 2. art. 1. num. 45. & seqq.* adonde refiere muchos fundamentos, y auctoridades, y las aumenta in *addiction. ad dict. nu. 45.* en la mas nueua impression, y esta question es la que se ha de determinar con conocimiento de causa, y prueua en el juizio de la tenuta, sin que se pueda despojar al que tiene possession por el primer testamento que se presupone reuocado por el segundo, y ha de ser manutenido miẽtras no se determinare el pleito difinitiuamente, como cõ muchas autoridades lo resuelue el mismo *Cæsar Argel. dict. tract. de legitim. contradict. dict. quæst. 2. art. 3. n. 123. & seqq.* Y en el *num. 133.* dize estas palabras: *Infertur ex hac determinatione, vt si fortè iudex comparentem post primi immissionem, & ostendentem etiam testamentum posterius in possessionem immiserit,* prior immissus *sit in prima sua possessione manutenendus, eique sit concedendum mandatum de manutenen-*

 do,

do, y prosigue alegando muchas autoridades, y decisiones en su comprouacion, en los numeros siguientes.

22 Y las alegaciones contrarias proceden en los terminos de la *l.fin.C.de Edict.Diu. Adrian. Tollend.* quando se presenta vn solo testamento, *non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacumque suæ formæ parte vitiatum, sed quod in prima figura, sine omni vituperatione appareat, & depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit*, para que se dè la possession de los bienes del difunto al heredero instituido, pero no quando concurren dos testamentos, y se mueue controuersia sobre qual dellos deue valer, q̃ en este caso el que pretende en virtud del primero ha de ser oido; porque es legitimo contraditor, y la *l.2.tit.14.partit.6.* aun en el caso de presentarse vn solo testamento admite al que se opone a su execucion, alegando falsedad del, ò incapacidad del testador, queriendo probarla luego, siendo assi que no son vicios visibles, y con la palabra, *luego*; bastantemente se cumple en el termino que la ley señala para la prueua en el juizio de tenuta, pues esto no es alargarlo, ni alterar su naturaleza, estando por el señor Duque de Medina de las Torres, y no es contraria la duda de *Gregor. Lop.* in *dict.l.2.glos.13.* porque solo dize, que le parece que el remedio de la *l. fin.C.de Edict.Diu.Adrian.Tollend.* se puede intentar, sin embargo de la *l.45.* de Toro: porque si alguna auctoridad se podia atribuir a su opinion, seria litigando sobre la possession ante las justicias ordinarias; pero no en el Consejo, quando en el se introduxo la tenuta, en la qual està dada forma de proceder, y señalado termino para prouar por las leyes del Reyno, y de qualquier suerte que se considere en vno, y otro juizio, siempre el señor Duque se ha de

ha-

hallar embaraçado con eſta opoſicion, y impedida la execucion que pretende.

23 Pero acercandonos mas a las juſtas defenſas del ſeñor Marques de Leganes, y Marques de Morata, dezimos, que eſte ſegundo llamado teſtamento, no da derecho alguno al ſeñor Duque de Medina de las Torres: porque es inualido: porque el ſeñor Conde Duque no ſe hallò con la capacidad que ſe requeria. entendimiento, y libre diſcurſo para otorgar el dicho poder, y quando no ſe tenga atencion mas q̃ a lo viſible, fuera muy ſoſpechoſo: porque no eſtà firmado del ſeñor Conde Duque, que es requiſito ſuſtancial, *l. hac conſultiſsima* in fine principij, *verſ. Finem autem teſtamenti*, & ibi *Paul. de Caſtro n.* 3. *C. de teſtament. Ioſeph de Seſſe deciſ* 56. *n.* 31. *lib.* 1. Y aunque ſe quiſo dar à entender que por la grauedad de la enfermedad no pudo firmar el ſeñor Conde Duque, cõ muchas depoſiciones de teſtigos de la informaciõ ſumaria hecha a pedimiento del ſeñor Marques de Leganes, conſta que tenia baſtantes fuerças para eſcriuir, y firmar, y que ſolo lo impidio la falta de capacidad, y paſsiõ del celebro con q̃ ſe hallaua.

24 Y tambien ſe deue notar, que ſiendo el eſtilo ordinario dar fee el eſcriuano que el teſtador eſtà al parecer en ſu entero juizio, y diſcurſo natural, lo omitio ſin duda con gran aduertencia el ante quien ſuena auerſe otorgado eſte poder, por conſtarle lo contrario, ò no tener ſatisfacion deſta calidad, aunque es comun reſolucion, notario atteſtanti de ſanamente teſtatoris credendum non eſſe, vt cũ alijs tenet *Greg. Lop. in l.* 2 *gloſ.* 2. *in verbo, todo ome, titul.* 14. *p.* 3. y refiriẽdo muchas autoridades *Burg. de Paz, conſ.* 11. *n.* 17. *Roder. Suar. alleg.* 1. *n.* 8. *Boer. deciſ.* 23. *num* 73. y refiriẽdo muchas autoridades *Caldas Pereir. conſ.* 24. *num.* 16. *Mantica de coniectur. lib.* 2. *tit.*

5.num.17. Hector Felicius allegat. 24. num. part. 3. Cras. in §. testamentum, quæst. 21. num. 8. Hypol. Riminald. cons. 809. num. 13. 14. & 15. lib. 7. pero el no auer puesto el escriuano vna cosa tan acostumbrada puede ser causa de justo reparo.

25 Y tambien lo es de grandissimo fundamento, q̃ el escriuano no dio fee en el mismo poder de que los testigos, y el fueron llamados, y rogados para escriuirlo, firmarlo, y otorgarlo, q̃ de la misma suerte es requisito, y solemnidad inescusable: porque el testador deue mandar llamar al escriuano, y a los testigos, que es la primera demonstracion de que quiere testar, y tiene voluntad, *Bald. in l. iubemus, C. de testam.* facit text. *in l. Pamphilo, §. propositum, ff. de legat. 3. l. Diuus Trajanus, ff. de milit. testam.*

26 Y en este requisito sustancial no se puede dispẽsar, como lo defiende *Roderic. Suar. allegat. 1. n. 31. Cald. Pereir. cons. 24. sub num. 10. vers. Vnde testamentum,* ibi: *De substantia testamenti est, quòd tabellio rogetur à testatore, ita tenet Bart. in l. 2. ff. quemadmodũ testam. aperiant. facit text. in l. hac cõsultissima in principio. C. qui testamenta facere possunt, glossa notabilis in authentico de Tabellionibus, §. nos autem, collat. 4. vers. Iungatur, tenet etiam Bald. in rubric. C. de fide instrumentor.* Bart. *& Doctores in l. sciendum, ff. de verbor. obligat. Canonistæ in cap. 1. de fide instrumentorum, Ioannes Andreas in addictionibus ad Speculatorem titul. de instrumentorum æditione, §. postquam: hanc materiam plenius tradit Ludouicus Romanus consil. 306. num. 2. Bartolomæus Cæpolla cons. 38. n. 3. in ciuilibus. Anton. Rube. cons. 14. num. 2. Afflict. decis. 143. num. 2. Carol. Ruin. cons. 2. num. 1. volumin. 2. Dueñas in allegation. pro matre sua, num. 27. idem etiam concludit Alexand. cons. 38. volum. 7. &*

& conf.153.num.7.vol.2. Aymon Crauet.conf.117. vol.1.Socin.Iun.conf.178.num.3. vol. 2. y prosigue con otras autoridades, fundando, que sino se prueua que el escriuano fue rogado para otorgar el testamento, no se presume: y que mayor comprouació deste defeto se puede desear, que no auer en el mismo poder para testar esta fee, o declaracion del escriuano, de que fue llamado, y rogado para su otorgamiento?

27 *Præterea* merece particular ponderacion, que auiendo la *l.1.tit.4.lib.5.Recop.* puesto la solenidad, que ha de auer en otorgar los testamentos, su principal cuydado fue, assegurar la verdad, legalidad, y valor dellos, mostrando la conueniencia que auia, en que los testigos fuessen vezinos del lugar a donde se otorgassen, y el escriuano fuesse publico, y a falta destas calidades, en testigos, y escriuano requiere mayor numero dellos: y siendo asi, que la ciudad de Toro, adonde suena auerse otorgado este poder para testar, tiene grande poblacion; ningun testigo de los que firmarō es vezino della, porque de todos dize el escriuano, que eran estantes en ella, con que este acto se haze mas sospechoso. Y concurriendo los defetos referidos, no se le deue dar credito, quia in ciuilibus suspicio falsitatis habetur pro falsitate, & fidem tollit instrumento, *l. iubemus, C. de probat. & ibi glos. verb. suspectum, Farinac. de simulat. & falsitat. quæst.152. num.16. & 17.* refiriendo muchas autoridades, y es conclusion comū de que estan los libros llenos.

28 Y todos los testigos deste poder, excepto el Dotor Cipriano de Maroja, eran criados de la señora Condesa Duquesa, y del Marques de Mairena, que por su contemplacion, y respeto, y por el propio interes, y conueniencias que esperauā, y se les seguiā

de las mandas que ſe les dexaron, ſe preſume, que lo acreditarian, callando el defeto que ſintieron.

29 Pero el Dotor Cipriano de Maroja, Catedratico de Prima de Medicina, en la ciudad de Valladolid, que fue llamado para curar al ſeñor Conde Duque en la enfermedad de q̃ murio, y deſde el ſegũdo dia le aſsiſtio continuamente haſta el fin della: depone que hallò al ſeñor Conde Duque enagenado de ſu entendimiento, y juizio natural, y que nunca le cobrò en el diſcurſo della, ſi bien con vnos remedios, y euacuaciones ſe remitio, y templò el furor, y eſtuuo algunas horas con quietud; pero no reſtituido a ſu capacidad, de manera que la tuuieſſe para hazer teſtamento, ni otorgar el dicho poder: y refiere, que auiendo tomado la pluma ſin tinta, en vn papel blanco, hizo demoſtracion de que firmaua, y dixo, yo, yo, quando era Rector en Salamanca, y otras palabras que no correſpondian al propoſito, y acto de teſtar, y dà concluyentes razones, conque perſuade, que el ſeñor Conde Duque, en aquel miſmo acto no eſtaua libre de la paſsion del celebro.

30 Dos calidades tiene eſte teſtigo, q̃ por qualquiera dellas merece ſe le dè entera fee, y credito, y totalmente deſtruye eſte poder, y quanto en virtud del ſe huuieſſe obrado.

31 La *primera*, el ſer teſtigo *inſtrumental* en eſte poder, que ſe refiere auer dado para teſtar el ſeñor Cõde Duque, con lo qual, deponiendo contra la ſuſtãcia del miſmo acto, que es la capacidad del teſtador, y cõtra lo que en el ſe halla eſcrito le haze ſoſpechoſo, porque faltando qualquier teſtigo de los que ſon neceſſarios para la ſolenidad, y valor del teſtamento, no ſe puede ſuſtentar, aſsi lo reſuelue en terminos *Cæſar Manent. conſ. 9. num.* 41. *lib.* 1. ibi: *Teſtis etiam ſolus contradicens facit ſuſpicionem contra*

tra instrumentum, adeò vt non probet in ciuilibus, & dicit communem Immol. in cap. cum Ioannes sub num. 20. versic. Tu autem in hoc, de fide instrument. Signorol. cons. 49. testamentum num. 4. Quinimò cum testes isti sint de necessarijs, dicuntur de corpore, & partes habentur ipsius instrumenti, vt per Salicet. in l. in exercendis sub num. 6. versic. Item non obstat, C. de fid. instrument. Si ergo ipsi contradicunt, suspicio hæc dicitur prouenire ex facie ipsius instrumenti, y en el *num.* 93. confirma lo mismo, y es comun resolucion de los Dotores, in *l.* 1. § *si quis neget, ff. quemadmodum testament. aperiant,* y la defiende, y acredita *Cald. Pereir. cons.* 24. *num.* 20. alegando à *Acurs. Bart. Bald. Angel. Immol. Cyn. Salycet Ioan Andr. Paul. de Cast. Iason. Corn. Ioan. de Amicis, Hieron. Grat. Guid. Papæ Hipolit. Socin.* y otros, *in locis ibi relatis.*

32 La *segunda* calidad deste testigo, es ser *Medico;* al qual por su ciencia, en esta materia; se deue dar entero credito, como refiriendo otras autoridades lo enseñan *Menoch. cons.* 45. *sub num.* 23. *versic. Primus testis est medicus, & nu.* 24. *Mario Antonin. Macerat ens. lib.* 1. *variar. resolut.* 43. *sub num.* 3. *versic. Et insuper. Rot. Rom. in nouissimis diuers. decis.* 107. *n.* 6. *part.* 2. *Cald. Pereir. cons.* 24. *num.* 36. ibi: *Quam obrē cum sint periti in arte eis credendum est, quia furor, & dementia probatur per medicos peritos, vt in l.* 1. *ff. de ventr. inspiciend. & in l. semel, C. de re milit. lib.* 12. *& cap. constituere* 50. *distinct. & ita tenet Speculator in tit. de probat.* § *. videndum, Bart. in l. in eo num.* 2. *ff. de testam. & ibi Angel. Cuman. & Doctores, vbi ponūt exemplum in phrenesi, & asserunt circa furoris, & dementiæ controuersiam ad medicos recurrendum esse, & peritos in ea professione, cum sint passiones cerebri, quas physicus cognoscit, eandem etiam setentiam tenet Barbacia in cap. cum dilectus num.* 8. *de successionibus ab*

in

inteſtato, Alexand.conſ.141.ſub nu.11.vol.1. Marc. Mantua conſ.325.num.20.idem Apophtegmate 267 & 396.vbi dicit eo caſu fore ſtandum dicto vnius medici. Lo miſmo reſuelue *Reinoſo* cō otras autoridades, *obſeruat.32.num* 16. y es concluſion que ſe puede probar con infinitos Dotores. Siendo pues aſsi, que el Dotor Cipriano de Maroja, fue teſtigo inſtrumental deſte poder para teſtar, Catedratico de Prima de la Vniuerſidad de la ciudad de Valladolid, de muchas experiēcias, y conocida ciencia, como ſe infiere de auer ſido llamado, y traido para curar en tan graue enfermedad al ſeñor Conde Duque, y que le aſsiſtio continuamente haſta que murio; ſola ſu depoſicion baſtara para probar la demencia, y incapacidad en todo el diſcurſo della, y particularmente en el acto de teſtar.

33 Confirmaſe lo que dixo el Dotor Maroja, con la depoſicion del Padre Iuan Martinez de Ripalda de la Compañia de Ieſus, Varon docto, Confeſſor del ſeñor Conde Duque, que le acompañò, y aſsiſtiò ſiempre, deſde que ſalio deſta Corte, que refiere lo miſmo, dando razones de actos particulares, y demoſtraciones indubitables, por todo el diſcurſo de la enfermedad, afirmando, que nunca el ſeñor Conde Duque ſe hallò en eſtado de teſtar, por falta de capacidad, y diſcurſo, libre de la paſsion q̄ auia manifeſtado: y en lo que dize q̄ calla, dize mas.

34 Eſte teſtigo tiene dos calidades, con que ſe aſſegura, que ſe le deue dar entero credito.

La *primera*, el ſer Religioſo, que no depone en fauor ſuyo, ni de ſu Conuento, y Religion, por la dotrina de *Iaſon in l.qui iuriſdictioni nu.10.ff.de iuriſd.omn.iud.& in l.admonendi num.* 180.*ff. de iur. iur.* y en la *Rota Rom.* ſe reſoluio, que en eſta materia de *demencia*, ſe deue dar credito a perſonas Re-

li-

ligiosas, porque ellos son los que mejor, y mas perfetamente conocen la lesion que tienen en el entẽdimiento, y discurso las que los tratan, y comunicã, como se dixo *in dict. decis.* 107. *nu.* 8. *part.* 2. *in nouissim. diuersor.* siguiendo à *Roderic. Suar. dict. alleg.* 1. *num.* 13.

36 *La segunda* calidad deste testigo es, que en el mismo poder que suena auer dado a la señora Duquesa el señor Conde Duque, para hazer su testamento, se nombra por Albaçea, y testamentario al mismo Padre Iuã Martinez de Ripalda; y no cabe en entendimiento humano que se pueda presumir que quisiesse perder esta auctoridad de ser testamentario, si fuera valido el poder, y el testamento que en virtud del se otorgò. de que se infiere, que solo le pudo obligar la verdad, y su conciencia, a hazer esta deposicion; en la qual, no solo no se puede considerar interes suyo, ni de su Religiõ, sino antes enagenarse del derecho que pudiera tener para ser Albacea del señor Conde Duque.

37 Con esto Concurren las deposiciones de otros Religiosos, y del Vizconde, y Vizcondesa de santa Clara, y otros testigos fidedignos, que dan razones concluyentes en ellas, con que se haze indubitable la nulidad deste poder, por falta de capacidad del testedor.

38 Ayuda grandemente estos fundamentos, la diligencia de la señora Condesa, sintiendo la flaqueza deste poder, en preuenir, y hazer examinar testigos, para probar que al tiempo que se dize le otorgò el señor Cõde Duque estaua restituido a su entero discurso, y entendimiento, que con tan estraordinaria cautela, le hizo mas sospechoso, como en casso semejante lo considerò *Socin. cons.* 98. *sub nu.* 15. *vol.* 3. ibi: *Decimo magna admiratione dignum est, quòd*

 cum

cum de testamento esset confectum publicum instrumẽtum, cui de iure adhibenda erat fides, sine alia testium examinatione, vt notarunt in l. 2. C. de bonor. possess. secundum tabulas, & in l. fin. C. de fideicomm. & in l publicati, C. de testam. quòd filia hæres instituta seu eius procurator fecerit testes in scriptis clãculum examinare inscio Ioanne de cuius præiudicio agebatur, & extrà iudicium ab examinatore per eum posito, vt apparent dicta testium ad quæ posteà coram iudice se referunt, est enim ista cautela insolita ab his, qui habẽt pro se publicum instrumentum; si illud non impugnaretur, igitur arguit suspitionem glos. in l. 16. ff. de condict. institut. & generaliter, quòd nimia cautela suspitionem inducat. l. si quis sub conditione, ff. de cendit institut. Bald. in l. testamentum, vers. Quandoquè tamen de testamẽtis, & cons. 75. spurio, num. 2. volum. 2. Grat Respons. 53. num. 19. volum. 1. Curc. Iun. cons. 178. num. 13. part. 2. Bertrand. cons. 126. num. 10. volum. 3. idem docent, *Mascard. de probat. conclus. 532. num. 163. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsump. 3. num. 102.*

39 Otro acto de la señora Condesa Duquesa califica mas la justicia del señor Marques de Leganes, y Marques de Morata, fundada en el testamento del señor Conde Duque, del año de 1642. que fue reconociendo que no se auia obrado con la atencion, q̃ tan gran causa requeria auer embiado a Toro desde Lueches, al Marques de Mairena, para que con dineros, y joyas, obligasse al escriuano a que entregasse la informacion original que auia hecho, prendãdo, y assegurando testigos, para acreditar el dicho poder, porque mejor aconsejada de su propia conciencia, y aduirtiendo el perjuicio que de la dicha informacion podia resultar de perder su derecho quien lo tuuiesse, por el testamento del año de 42. intentò quitar la causa, y rescatarse del escrupulo.

lo,y congoja que le fatigaua,quando ya los ruegos, persuasiones,y respetos delas personas:por cuya cõtemplacion se auia hecho la informacion, y los demas actos antecedentes, auiã perdido la eficacia, y era mas poderosa la razon para emendarlo, siguiendo lo que dixo la *l.1.C.de petitionib.bon.sublat.lib.10.*

40 Viendo la señora Cõdesa,Duquesa,que el sucesso desta diligencia,no correspondia a su desseo, nenessitada del peso de tan intolerable carga, tratando religiosamente de cumplir con su obligacion, en el codicilo, debaxo de cuya disposicion muriò, manifestò con titulo de error, el defeto del dicho poder,reprobando quanto hizo en virtud dèl,diziẽdo que no auia sabido,q̃ el señor Conde Duque auia hecho el dicho testamento,del año de 642. porque si huuiera tenido noticia dèl, no le huuiera alterado en cosa alguna, y dize: *que esto declara por descargo de su conciencia*,y manda que vno, y otro testamento se traigan al Consejo,*para que por las dudas legitimas que puede auer*,determine qual dellos ha de valer,y se ha de executar,que no puede auer mayor demostracion dela incertidumbre,y nulidad del dicho poder, y de todo lo que en virtud del se auia obrado.

41 Estimaremos que el mas animoso nos diga, que fundamento,que firmeza,que seguridad se puede sacar de vn poder,en que se hallan tantos defetos visibles en que vn testigo instrumental,depone la incapacidad del otorgãte,en que vn Albacea por la misma causa se escusa de serlo,absteniendose del honor, y autoridad que se le daua: en que la señora Condesa Duquesa nombrada *heredera*, confiessa que se engañò,y impugna lo q̃ en virtud del hizo: No se puedẽ considerar demostraciones mas euidentes de la justicia del señor Marques de Leganes, y Marques

de Morata, que las referidas, y por ellas se puedẽ dezir con seguridad las palabras de la *l. hac consultissima, C. qui testam. facere possunt*, ibi: *Nec vllum locum relinquat insidijs tot spectata oculis, tot insinuata sensibus, tot insuper locata manibus.*

42 Hallasse el señor Duque de Medina de las Torres, con precisa obligacion, de conformarse con esta declaracion de la señora Condesa Duquesa; pues todo el derecho que pretende funda en la disposicion suya, por la *authentica quòd obtinet, C. de probat.* ibi: *Heredes necessè habent testatoris religioni stare, aut minimè fruẽtur his, quæ relicta sunt*: Y serà justa correspondẽcia, al amor que siempre le tuuo, estimandole, y tratandole como hijo en las obras, y dãdole este titulo, y nombre en las palabras de sus disposiciones, ayudarla al descargo de su conciencia, que es el motiuo q̃ manifiesta en el dicho codicilio, para hazer la declaracion que en el se contiene; y no se puede presumir, ni imaginar que pudiesse otro respeto alguno, obligar a la señora Condesa, Duquesa a reparar el daño que inaduertidamente huuiera causado con ellas: de que no era posible dar otra satisfacion, a si respeto de la voluntad del señor Cõde Duque, cuya execucion quedara frustrada, como de las personas interessadas en ella; y por cumplir con el proposito de la breuedad, se omiten otras ponderaciones, que eficazmente persuaden esta verdad.

43 De todo lo dicho se infiere, que auiendose escrito este poder en tiempo que el señor Cõde Duque no se hallaua con capacidad para otorgarle, contiene nulidad, y quanto en virtud del se ha obrado, porque el que padece demencia, no puede hazer acto alguno que sea valido, ni se le permite testar, *§. item furiosi instit. quib. nõn est permissum fac. testam. l. furiosum, C. qui testam. facere possunt*

sunt, *cap fin. de success. ab intestato*, y otros muchos textos; y siendo assi, que contra el testamento del señor Conde Duque del año 642. no se puede oponer defecto alguno de voluntad, potestad, y solemnidad: y que padece tantos este poder para testar, que dio ocasion a este pleito, precisamente se ha de diferir la sucession por aquel que es verdadero, legitimo, valido, y solemne en que tienen llamamiento el señor Marques de Leganes, y Marques de Morata, con prelacion al señor Duque de Medina de las Torres, y sus descendientes, sin que lo pueda impedir, ni hazer dudoso el testamento, q̃ en virtud del dicho poder, se pretende q̃ hizo la señora Condesa Duquesa por el *§. posteriore instit. quib. mod. testam. infirment.*

44 Pero porque la vnica defensa de que se vale el señor Duque de Medina de las Torres, es dezir, que el señor Conde Duque estaua restituido a su entero discurso, y libre de la passion del celebro en que le auia constituido el rigor de la enfermedad, y algunos testigos examinados en la informacion sumaria, hecha a pedimiento de la señora Condesa Duquesa, parece, que lo deponen assi, respondemos, que no se les deue dar credito.

45 *Lo primero*, porque todos son interessados, ex *l. omnibus*, *C. de testib.* y criados de la señora Condesa Duquesa, y del Marques de Mayrena, ex *l. eos*, *l. etiam*, *C. eodem tit. Roder. Suar. d. allegat.* 1. *n.* 15.

46 *Lo segundo*, por la preuencion que huuo en prẽdarlos, y examinarlos, de quo sup. num.

47 *Lo tercero*, porque los testigos de vna, y otra informacion concuerdan que el señor Conde Duque, desde el principio de su enfermedad estuuo enagenado de su discurso impaciente, con resistẽcia a todos remedios, y algunos refieren, que pri-

 me-

mero que la enfermedad se conocio la *demencia*, y que con ella murio, y quando se prueba, o confiessa este estado antecedente al testamento, se presume, que se hixo en el tiempo en que duraua la falta de capacidad, como lo resuelue Reinoso *obseruat*.32.*sub num*.17.ibi: *Certum est testamentum factum ab eo, qui anteà per tempus aliquod continuũ furore, & insania correptus est, præsumi factum ipso furore, & insania durante, & sic tempore furoris, vnde non valet testamentum tanquàm à furioso factum, vt omnes notant in d.l.furiosum, C.qui testamenta facere, glossa, & Doctores in d.cap.vlt.de sucess. ab intestato, Alciat.cons*.141.*n*.4.*lib*.1.*Ruin.cõs*.67. *n*.9.*lib*.1.*Paris.alios referens, cons*.12. *Burg.à Pace cons*.11.*n*.13.*& communem testatur, Ias.in d.l.patre furioso, n*.1.*circa mediũ, ff.de his qui sunt sui, Boer. decis*.23.*n*.61.*Menoch.qui alios citat cons*.82.*n*.220. *lib*.1.*Couarr.de sponsal*.2.*part.cap*. 2.*n*.6. *Suar.dict. allegat*.1.*n*.21.*Dueñas reg*.350. *limit*.5.*Surd.decis*. 146.*n*.16.*& cons*.89.*n*.29. *Mascard*.2.*tom. concl*. 824.*n*.11.a los quales se añaden *Menoch.lib*.6.*præsumpt*.45.*n*.63.*Thom. Sanch.de matrimonio, lib*.1. *disp*.8.*n*.17.*Tyber.Decian.cons*.51.*nu*.23. *lib*.4.vbi quod omnes ita tenẽt *Ferentil.in additione ad decisionem, Burati* 763.*nu*. 16.*Greg. Lop.in l*.13.*tit*.1. *glos*.6.*partit*.6.*Phebo decis*.78.*n.fin.part*.1.y el mismo *Reinoso ibidem, n*. 18.prosigue dando la razon, ibi: *Cuius traditionis ea est ratio, quia morbus furoris semel ingressus non consueuit ita de facili recedere, imo durat, licet furiosus videatur loqui verba sanæ mentis, Suar.d.alleg*.1.*n*.16.*Menoch.d.cons*.82.*nu*. 283.*& ideò dici solet, quòd qui semel incipit delirare, vel furiosus, aut fatuus esse nunquam liberatur, Castr. in l.qui testamento, §. neque furiosus, ff.de testam. Alex.cons*.141.*n*.5.*lib*.1.*& cons*.86.*lib*.2.*Sed hoc ita*

in-

intelligendum est, vt procedat si testator aliquo temporis momento, vel aliquot diebus in furore estiterit antè factum testamentum, aliud erit si testamentum factum sit ex longo interuallo postquam furor testatorem inuasit, veluti post lapsum anni tunc enim cessabit presumptio furoris, vt colligitur ex traditis per Manticam, lib.2.de coniectur.tit.5.ex nu. 7. Y estas dos conclusiones prueba, y confirma tambien *Ioseph.de Sesse d.decis.56.n.16.& 17*

48 Y es admirable la doctrina de *Baldo in l. humanitatis, num.74.C.de impuber.& aliјs substitut.* y notable lo que escriue *Alexand.cons.86.num.*12. 13. & 14.*lib.*2.*Corneo cons.69.num.*12.*lib.*1.*Maranta in repetitione legis is potest, num.*127.*ff.de adquir. hæredit. Paul.Bellon.tract de potestate eorum, quæ fiunt in continenti, lib.*2.*cap.*79.præcipuè, *num.* 2. *y Hector Felic.allegat.* 24. per totam, *lib.* 3. *Gasp. Ant Thesaur.lib.3.forens.quæst.34.num.fin.*

49 Esta es la prouança indubitable de la demēcia, y de su duracion por reglas de medicina, y por presuncion de derecho acreditada, y afirmando el señor Duque de Medina de las Torres, que al tiempo del otorgamiento de aquel poder se hallò el señor Conde Duque libre della, y con entera capacidad, como principal, y vnico fundamento de su intencion, lo ha de mostrar con concluyentes prouanças que han de ser perfectissimas: porque se requiere esta calidad en grado superlatiuo, *l.cū aliјs, C.de curat.furiosi*, ibi: *Sed per interualla, quæ perfectissima sunt*, y lo mismo se infiere de la *l. furiosum, C.qui testamenta facere possunt*, ibi: *Si verò voluerit in dilucidis interuallis condere testamentum, &c.* Que estas palabras declara *Rodrig.Suar.dict. allegat.* 1. *num.* 20. ibi: *Dilucidum secundum veros Grammaticos, & Interpretes componitur ex di, & lucidus: itaque*

di-

dilucidare, est diuersis modis lucidare: & lucidare est propriè lucidum facere, aperire, exponere, declarare & manifestare, & sic Imperator duo requirit, interualla dilucida hoc est, diuersis modis manifestantia, & declarantia mentis sanitatem, & hæc perfectissima.

50 Con esta obligacion de la prouança que ha menester el señor Duque, parece imposible cumplir: porque lo que se afirma, que estuuo con quietud el señor Conde Duque, por espacio de tres horas, que hizo vna donacion de vna tabla, que conocio a la señora Condesa Duquesa, y al Marques, y Marquesa de Mayrena, y que recibio el santissimo Sacramento por Viatico, con mucha deuocion, tiene muy facil respuesta, y se dize.

51 Lo *primero*, que la quietud, ò intermission del rigor del furor, no se puede tener por restitucion de sanidad, capacidad, y entero discurso, como se prueua in *l. quod meo, §. si furioso, ff. de adquirend. posses.* ibi: *Si furioso, quem suæ mentis esse existimans eo quod fortè in conspectu inumbrata quietis fuit constitutus rem tradideris, &c.* Porque esto sucede muchas vezes por varios accidentes, sin faltar la causa templarse, y no estar en vn mismo estado los efectos, como en terminos lo cōsidera *Roder. Suar. dict. allegat. n. 22. Mandel. de Alba cons. 414. nu. 28. & 29. Mantic. de coniectur. lib. 5. tit. 16. n. 24. 25. & 26. Paul. Æmil. Gallus tract. de except. quæ oriri possunt, tam abintestato, quàm ex testamento, tit. 4. except. 21.* siue *prima, part. 2. n. 128. & seqq. Mar. Anton. Macer. lib. lib. 1. variar. resol. 43. n. 5. & 6.*

52 Lo *segundo*, se responde, que la donacion que el señor Conde Duque hizo de vna tabla a vn criado, tiene el mismo defecto que el poder para testar.

53 Lo *tercero*, que auer conocido a la señora Condesa Duquesa su muger, y a su hijo, y Nuera, no es

se-

ſeguridad de la ſanidad de entendimiento: porque los que padecen demencia no han perdido los ſentidos, ſino la buena adminiſtraciòn dellos, y a eſte propoſito es lo que eſcriue *Roder.* Suar. *dict. allegat.* 1. *num.* 19. omnino videndus, y *Caldas Percir. dict. conſ.* 24. *ſub n.* 19. adonde alega à *Galeno lib.* 4. *de locis paſsis cap.* 1. vbi ſcripſit *Phreneticos quoſdam eſſe qui de his, quæ oculis offeruntur: rectè quidem quãtum ad ſenſitiuam notitiam pertinet, iudicant; mente verò à naturali iudicio aberrant.*

53 Lo *quarto*, que auerſe dado al ſeñor Conde Duque el Santiſsimo Sacramento por Viatico, fue cõ mucha duda de ſu capacidad, conformandoſe cõ la mas fauorable, y piadoſa opinion que admite, q̃ ſi el que ha incurrido en la enfermedad, ò frene ſi, quando tenia ſalud era deuoto, ſe le puede adminiſtrar in articulo mortis, no auiendo temor de irreuerencia, y auiendolo pedido antes, por el *cap. is qui* 8. 26. *quæſt.* 6. y doctrina de *Santo Thom.* 3. *p. quæſt.* 80. *art.* 9. *Villalob. in ſum. tract.* 7. *de Eucharistia dificult* 40. adonde refiere a otros, y de vn acto permitido por diſpenſacion con el que padece freneſi, no ſe puede inferir demonſtracion de capacidad para teſtar, que es lo que ſe prohibe al frenetico, y enagenado del diſcurſo.

54 Lo *quinto*, ſe reſponde, que los actos de deuociõ frequentados, y acoſtumbrados por el Señor Conde Duque, y el abito que tenia de hazerlos en ſalud, comulgando cada dia, ſe pudieran continuar en la enfermedad, ſin atencion, ni entero diſcurſo, y ſin que pueda entenderſe que por eſto eſtauà reſtituido a la ſanidad de entendimiento: porq̃ en la *deciſ.* 107. tantas vezes referida, *part.* 2. *in nouiſsim. diuerſor.* no ſe tuuo por prouança, *ſanæ mentis*, que vna Monja huuieſſe frequentado el ir al Coro, re-

çar, cantar en el, y hazer otros actos de deuocion, religion, ò obediencia: porque se atribuyeron a la costumbre que tenia, y no a entereza del juizio.

56 Lo *sexto*, se responde, que tambien no es prouāça concluyente de sano entendimiento, que la persona que està enagenada del, diga algunas palabras cuerdas, y prudentes, *Corneus cons. 69. num. 12. vers. Maximè, quia, & cons. 73. num. 10. & 14. lib. 1. Roder. Suar. dict. allegat. 1. num. 16. Burg. de Paz dict. cons. 11. n. 19. Boer. dict. decis. 23. nu. 49. Reinoso dicta obseru. 32. n. 21. Rot. Rom. dict. decis. 107. n. 6. & 21. & seqq. & decis. 129. n. 8. & seq. & decis. 134. p. 2. in nouis. diuers. Mari. Antonin. Macerat. var. resolut. lib. 2. resolut. 59. casu 23. sub vers. Nec obstat, Cald. Pereir. dict. cons. 24. num. 19.* y todos estos autores alegan otros muchos que constantemente lo afirman, y lo prueuan con exemplo, y comparacion de los niños, que algunas vezes dizē palabras muy cuerdas, y prudentes, que exceden de su capacidad y entendimiento, lo qual es mas facil en quien tuuo vso de razon.

57 *Prætereà*, prouados los dos estremos, scilicèt, la demencia antes de auerse otorgado el testamento, & iterum, despues de su otorgamiento no puede auer seguridad de que se huuiesse hecho con libre discurso, y entero entendimiento, como lo cōsiderò la *Rot. Rom.* refiriendo otras autoridades *d. decis. 134. n. 5. & 6.*

58 Y en estos dichos de testigos contrarios examinados en vna, y otra informacion, se deue dar mas credito a los que deponen de non sanamente testatoris, que a los que afirman que cobrò entero juizio, por la mayor verisimilitud, y por las razones que dan, *Corneus cons. 85. n. 5. lib. 2. & cons. 22. num. 10. lib. 4. Curt. Iun. cons. 151. num. 8. Roderic.*

Sua-

Suar. dict. allegat. 1. *num.* 13. & 17. *Cald. Pereir. d. consi.* 24. *num.* 26. *Pheb. dict. decis.* 78. *num.* 10. *vers. Et testes*, que para esto alegan razones concluyentes.

59 Pero porque muchos Doctores resueluen, y aconsejan, que para que se conozca si vn testamento fue otorgado en tiempo que por dilucidos interualos, el testador se hallaua con capacidad, y entero discurso, se atienda a su disposicion, y si pareciere cuerda y prudente se presuma, y entienda q̃ testò en tiempo que se hallaua en su entero juizio, auiendo de gouernarnos por esta regla, se hallarà la mas segura, y indubitable demonstracion de q̃ el señor Conde Duque estaua enagenado, quando se dize, que otorgò el dicho poder: porque no corresponde a su intencion, y voluntad, antes manifestada, ya la prudencia, y buen gouierno que solia tener, y se podia esperar de persona tan grande, y se prueua.

60 *Lo primero*, porque auiendo el señor Conde Duque reconocido por su hijo a don Enrique Felipez de Guzman, y alcançado de su Mag. que le legitimasse, y fũdado para el el mayorazgo de Mairena con titulo de Marques, y el de Açarcollar, cõ titulo de Conde, de rentas tan considerables, y cõ esperanças de suceder en la casa de san Lucar, y casadole tan ilustremente con doña Iuana de Velasco, hija legitima del Condestable de Castilla, y auiendole mostrado en todas ocasiones muy grande amor, no es creible, que si estuuiera *in plenitudine intellectus*, al tiempo que se dize auer otorgado el dicho poder, huiera dexado de instituirle por su heredero, y que quisiesse que lo fuesse la señora Condesa, y es muy fuerte conjetura de demencia el auer faltado a esta atencion, y con menos cau-

sa el Senado Nepolitanõ reprobò el testamento de vn marido, que instituyò a su muger por heredera, y la prefirio a sus hermanos, como lo refiere *Matheo de Afflict.decis.143.n.4.* ibi: *Tamen, quia dictum testamentum erat indiscretè conditum, quia in eo instituit vxorem suam iuuenem hæredem, & fratres carnales non instituit hæredes, & certa verba indiscreta continentur in dicto asserto testamento, quod attenta qualitate dicti testatoris, qui fuit vir prudẽs, & commissarius Regis quod ex his multi præsumserũt dicere, quod dictus testator, tunc non fuit in recto sensu*, y en el *n.7.* pone la *decision*, y la sigue *Iacob. Mãdel.de Alua cons.414.n.36.& 37.* Y la misma ponderacion haze *Roder.Suar.d. alleg.1. nu 12. Ioann. Francisc.de Pont.cons.149. n.11.lib.2. Alex. Raud. decis.Pisana.45.n.37.38. & 39.* adonde con otras autoridades resuelue, que es presuncion de demencia en el testador, reuocar el testamento primiro en que auia instituido por heredo a vn hermano, y instituir en el segundo a su muger, ibi: *Et subiungit, Alua n.39 quòd vbi agitur, de rumpendo testamentum prius factum, potest dici reuocatio facta ab homine mentis non sanæ, quando non constat de causa reuocationis, & allegat pro hac opinione respondisse Castrensem, & Socinum, Alexandrũ sub nu.8.vers.Considera, quod dictus Bonant.cons.141. lib.1.vel saltem est tanta impietas, quæ æquiparatur dementiæ instituere vxorẽ, omisso fratre absque causa.* y si esto procede respeto de vn hermano, con quanta mayor se puede sentir lo mismo, respeto de vn hijo tan estimado, y querido, como lo fue don Enrique Felipez de Guzman, Marques de Mayrena, Conde de Açarcollar, del señor Conde Duque su padre? lo qual se confirma con lo que escriue *Ioseph.de Sesse d.decis.56.n.19.* alegando a *Soc. Alex.*

Cor-

Corn., *Iuf. Suar y Burg. de Paz*, que solo el no auer hecho mencion de hijos legitimos en el segundo testamento para dexarles alimentos por la piedad del *cap. cum haberet de eo, qui duxit in matrimonium quam polluit per adulterium*, es argumento de demencia, ibi: *Et eorum omnimoda obliuio in testamento inducit euidens signum furoris* y en este poder para testar, no haze mencion de su hijo el señor Conde Duque.

61 *Lo segundo*, porque tambien es conjetura muy poderosa de que el señor Conde Duque no tenia capacidad al tiempo que se dize otorgò este poder para que por el no quede reuocado el primero testamento; porque quando en el se fundò vinculo, y mayorazgo para los descendientes, o para la familia, o se les dexò *fideicommisso* Y en el segundo testamento no ay semejante disposicion, se presume, que faltò tan justa atencion, y memoria por demencia del testador, como lo defendio *Menoch. cons. 45. n. 21.* ibi: *Quinto accedit, quòd constat Iacobum testatorem in illo primo testamento, ea ratione instituisse, Ioann. Thom. fratrem suum, vt eius domus, & familia conseruari posit. Et idò testamentũ hoc secundum ita simpliciter conditum ad interrogationem fratris Aymi personæ suspectæ, & tempore vrgentis infirmitatis nõ potest dici reuocare illud primũ, ita respondit in specie Crauet. cons. 117. in fin. post, Corn. cõs. 73. lib. 1. & præter eos respondet. Moder. Paris. cons. 34. in fin. non est enim credendum, quod in eo statu positus voluerit testator vno verbo reuocare, quæ magna ex causa, & solemniter appensatèque fecit*, y lo mismo sigue *Alex. Raudens. decis. Pisan. 45. nu. 44. ad fin. & n. 45.* y esta ponderacion alaba tambien *Iacob. Cancer. lib. 1. variar. resolut. cap. 4. de testam. n. 83.* segun la mas nueua impression, ibi: *Ad hæc*

prius

prius testamentum in quo est habita ratio conseruandæ agnationis, non ita facilè per secundum quod aliquid dubitationis habet, tollitur, vt notat Socin. cons. 98. n. 6. lib. 3. vbi *dicit communem esse, votum prudẽtium virorum velle conseruare bona in sua agnatione, & familia, vt fama, & familiæ dignitas conseruetur,* sequitur *Socin. Iun. cons. 179. n. 53. vol. 2. Cardinal. cons. 60. Crauet. cons. 117. in fin. & nouè Polydor. Ripa de actis gestis in mortis articulo, cap. 61. n. 21.*

62 Y tiene mas fuerça esta conjetura, considerãdo que fue tanto el deseo que el señor Conde Duque tuuo de fundar estos mayorazgos, dexar perpetuada su memoria, y la del agradecimiento de las mercedes que de su Magestad auia recibido, q̃ porque no pudiesse auer cosa que lo impidiesse, ò dilatasse, ni que disminuyesse el aumento que procuraua darles alcanço que la señora Condesa Duquesa renunciasse los bienes gananciales, como se refiere en el mismo testamento del año de 642. à donde està inserta la renunciaciõ, pues como podrà auer entendimiento que se persuada, que si estuuiera con entera capacidad, quando se dize, que otorgò el dicho poder para testar quisiesse destruir y deshazer lo que con tanto cuidado, con tan enixa voluntad, con tan firme deliberacion auia dispuesto? que sin duda fue pensamiento, y proposito muchas vezes repetido, consultado, y resuelto. Y como se podrà presumir que quisiesse el señor Cõde Duque dexar à la señora Condesa Duquesa por su hereda, haziendo todos los bienes libres de que auia fundado mayorazgos con tan manifiesta voluntad de conseruar su memoria? que porque no se confundiesse con la casa de Oliuares, la excluyò expressamente de la sucesiõ de estos mayorazgos, sino es en caso que huuiesse hembra que fues-

se

se actual posseedora della,ò indubitable successora, y se casasse cõ actual posseedor,ò indubitable sucessor de la Casa de Medina de las Torres, ò de la de Villa Mãrique, y si se pudiesse creer que el señor Conde Duque dixo lo q̃ contiene el poder, disculpa huuiera, quiẽ à estas palabras,ò acto aplicara la duda de la *l. quidam in suo, ff. de conditionibus instit.*

63 Por otro fundamento no se puede dudar del valor, y firmeza del testamento del año de 642. sin q̃ se tenga por reuocado por el dicho poder aunque en el se aya puesto la clausula ordinaria, en que se dize, que el testador reuoca, y anula otros qualesquier testamẽtos, porque era necessario que hiziera expressa reuocacion del de 16. de Mayo del diaño de 42. aduirtiendo, que el mayorazgo que en el fundò el señor Conde Duque fue en fauor de sus hijos, y descendientes legitimos;, y a falta de ellos llamò à la sucessiõ de el dicho don Enrique Felipez de Guzman, Marques de Mairena, y à los suyos, y assi fue discurriendo por otros llamamientos, y el testamento que se haze en fauor de los hijos, es de tal pretrogatiua, que se entiende que tiene implicita clausula *derogatoria* de los testamẽtos posteriores, vt docent *Butrigar. Cin. Bald. Alberic. Castrens. Salicet. Corn. Alex. & Ias. in Authentica hoc inter liberos, C. de testam.* y otros muchos q̃ refieren *Iul. Clar. in §. testamentum, quæst. 99. in fin. vers. Et potest poni exemplum, lib. 3. sententiarũ, Mãtic. de coniect. lib. 6. tit. 3. n. 19. Fuluius Pacian. consil. 66. n. 9.*

64 Y la clausula *derogatoria* puesta en el primer testamento (de que haze mencion la *l. 103. titul. 18. part. 3.*) obra que no se puede tener por reuocado por el segundo en que la ay simple, y general de reuocar, ò irritar otro qualquier testamento antecedente sin hazer especial menciõ de

el,

el, *Natt. conſ. 639. num. 7. verſic. Sed pro reſolutione conſiderandum eſt, lib. 3. Zephal. conſil. 374. teſtatrix ſub numer. 16. verſicul. Sed prædictis minimè obſtantibus, lib. 3. Durant. de arte teſtandi, tit. 10. cautela 1. ſub numer. 2. verſicul. Et teſtamentum prius, Iulius Clar. in §. teſtamentum, dict. quæſt. 99. in princ. verſ. Secundus eſt caſus*, adonde dize que eſta es comun opinion, plura apud *Barboſ. in remiſsionibus Doctorum de clauſ. clauſ. 114. num. 5.* y aſsi en caſo ſemejante *Fulu. Pacian. dict. conſ. 66. ſub numer. 10.* concluye cō eſtas palabras: *Ergo noſtrū teſtamentum inter liberos conditum, quod habet clauſulam derogatoriam intellectam à lege non dicetur reuocatum ab illa generali caſatione quemadmodum non intelligitur reuocatum illud teſtamentum quod habet clauſulam derogatoriam expreſſam ab homine cum in hac re vtrumque teſtamentum inuicem æquiparentur*, y proſigue alegando à *Corn. Butrigar. y Iul. Clar.* Y aſsi no puede obrar la clauſula general en q̄ los Eſcriuanos ponen por ſu eſtilo, y coſtumbre reuocacion del teſtamento del año de 1642.

65 Y ſi eſto ſe pretendieſſe que el ſeñor Conde Duque quiſo diſponer en el poder que ſe dize dio para teſtar à la ſeñora Condeſa Duqueſa, inſtituyendola por ſu heredera, quitando a ſu hijo, y deſcentes el honor que les auia dado en el dicho teſtamento, y el amor que le auia moſtrado, no puede dexar de ſer muy fuerte argumento de que eſtaua enagenado de el diſcurſo, y falto de memoria, que eſto baſtara para hazer inualido el dicho poder, y el teſtamento que en virtud de el ſe hiziera, *l. 13. tit. 1. partit. 6.* y con muchas autoridades *Gald. Pereir. d. conſ. 24. n. 30.*

66 Y ſi tambien ſe pudiera preſumir que la ſeñora

Con-

Condesa Duquesa huuiera pedido que se reuocara el testamento del año de 42. solicitando q̃ el señor Cōde Duque la instituyera por su heredera, aunque no se huuiera verificado estar enagenado del discurso, quando se dize que otorgò el poder, siempre quedara firme, y valido el primer testamento, porq̃ quando se hizo en fauor de hijos, y descendiẽtes, y de la familia es acto reprouado el pedir que se reuoque, como lo funda *Pacian. d. cons. 66. nu.* 41. ibi: *Et licet dici soleat, quòd vnicuique licitum est blanditijs, & adulationibus inducere testatorem ad se instituendum, vt probatur in l. fin. C. si quis aliquen testari* ☞ *probibuerit*, hoc tamen non est verum in præiudicium filiorum, & in præiudicium alterius testamēti iam facti, *per text. in dict. l. non est enim, ff. de inoffic. testam. & ita notat Socin. Iun. cōs.* 183. *Licet. n.* 30. *vers. Nec etiam prædictis obstat, volum.* 2. *& ante ipsum, hoc idem notauit Angel. in dict. l. fin. C. si quis aliquem, & in l. non est enim, ff. de inoffic. testā. & Afflict. decis.* 69. *quadam domina, num.* 6. *& egregie Iaso in l.* 1. *in fin. C. si quis aliquē testari prohibuerit, & ita ex prædictis absque vlla dubitatione cōcludendum est, quod istud tertium testamentum non valet*, y prosigue alegando otras razones, y autoridades.

67 Y es tambien muy fauorable para este proposito, lo que escribe *Gasp. Ant. Thesaur. lib.* 1. *Forens. quæst.* 56. *num.* 10. ibi: *Amplia secundò. vt sine difficultate fortius procedat eo in casu quãdo testator suū cōdidisset testamentum, sana mēte, & multum appensatè, & deinde reuocatio esset facta, illo simplici verbo ab illius ore ad importunitatē in mortis articulo ex torto reuoco: nam tunc nullo modo censeretur reuocatum testamentum quasi ab homine semimortuo*, & non sanæ mentis *reuocatum, l. fin. ff. de in iusto rupt. & non sine nota falsitat talis reuocatio manebit iuxta. l. iubemus*

*mus,C.de testam.*ibi:*Si enim talis est testator, qui nec scribere, nec articulatè loqui potest mortuo similis est,* &c. *Et pro hac ampliatione faciunt multa, quæ in proposito congerit, Socin. Iun.cons* 189.*nu.* 26.*lib.*2. *licèt ipse loquatur in eo, qui aliud voluit condere testamentũ. Et talem reuocationem, Ias. cons.*131.*in fin. lib.*1. tumultuarium mentis impulsum *appellat, Craueta cons.*117, *Roman.cons.*306. *& in mentem sensati, & prudentis iudicis, nunquam cadere meo iudicio poterit voluisse testatorem, qui testamentum suum condidit multa cum animi deliberatione, sanus mente, & corpore, nulla aduersa detentus valetudine, illud tesmentum in mortis articulo constitutus, & in medio propinquorum, vel eorum, qui res suas magis quã animam curant, positus, vnico verbo reuocare, vnde ego magis hoc casu extortam voluntatem mera importunitate, & quasi à dormiente notificatam, quam ritè, & perfectè conscriptam reuocationem esse existimo.* Y prosigue alegando otras autoridades, y *Alex. Raudens. dict. decis.*45.*num.*52.53.*y* 54.aprueba, y confirma esta resolucion, alegando *à Ploto cons.*1.*sub num.* 17.y à *Surd.cons.*373.*num.*17.*& num.*25.*vers.* Sic *etiam, & num.*31. y otros.

68 Y es tambien doctissima la resolucion de *Iacob. Cancer.dict.lib.*1.*var.cap.*4. *de testam.num.*80.*vers. Dictusque animus, & num. seqq.* adonde refiriendo muchas autoridades, dize: Que quãdo puede auer alguna duda en el segundo testamento, siempre se ha de juzgar por el primero, auiendose otorgado en salud cõ animo deliberado algunos años antes sin auerlo reuocado, & iterum *sub num.* 138. *vers. Et demum prædicta.*

69 Contra tantas demostraciones, y euidencias, *non sanæ mentis, non mutatæ voluntatis,* del señor Conde Duque, y contra tãtos defetos, y sospechas,

co-

como contiene este poder, a quien contradize vn *testigo instrumental*: de que se abstiene *vn testamentario*, de que se retira la señora *heredera, pro exoneratione conscientiæ, & confessione erroris, & ignorantiæ*, en que no se halla firmeza del reconocimiento de las mayores obligaciones, assi de altos respetos de agradecimiento, que se manifestò de las mercedes de su Magestad, como de la sangre, y familia; no alcançamos que motiuo pueda auer que justifique la pretension del señor Duque de Medina de las Torres!

70 Pero consideremos que se tuuiesse por valido este poder, bien se dexa entender que lo que en el se cometiò a la señora Condesa Duquesa, seria segun la relacion de èl, algunos legatos, y obras pias, sufragios, y otras cosas desta calidad, que son las expressadas en èl, y que en esto pueda obrar la clausula vniuersal, de que el señor Conde Duque aprobaba todo lo que en virtud del se hiziesse, sin que se estienda a cosas mas graues, ex text. *in l. fin. §. fin. ff. de tritico vino, & oleo legato*, ibi: *Vinum amphorarium aminæum græcum, & dulcia omnia*, este fue el legado deste *texto*, con aquella palabra vniuersal *omnia*, que parecia que comprehendia todo; y sin embargo dize el *Iuris Consulto*, ibi: *Nihil inter dulcia, nisi quod potionis fuit*: y assi se deuiera sentir, q̃ en virtud deste poder no le tenia la señora Condesa Duquesa para reuocar el mayorazgo que estaua fundado en el testamento del año de 642. ni el dicho testamento, porque para esto era necessario poder especial, por la *l. 34. de Toro*, la qual explica doctissimamente *Tello Fernandez* ibidem.

71 Y para confirmacion de este fundamento se aduierte que en el dicho testamento de 642. con particular atencion, el señor CōdeDuque dixo por

cx-

expressas palabras, ibi: *Reuoco, y anulo otro qualquier testamento, ò testamentos, codicillo, ò codicillos, ò poderes para testar: y ansimismo reuoco qualesquier otras fundaciones de mayorazgo, ò acrecẽtamiẽto del, que por mi, ò junto con la dicha doña Ines de Zuñiga y Velasco mi muger aya otorgado, porque desde luego las reuoco, y anulo, y no quiero que valgan, ni se executen, porque solo se ha de executar, y cumplir este mi testamento, y disposicion*: y si este poder de Toro fuera cierto, y por el quisiera el señor Conde Duque q̃ quedara reuocado el mayorazgo de Sanlucar huuiera hecho especial reuocacion del, ex text. *in l. vnica, §. sin autem ad deficientis, C. de caduc. toll.* ibi: *Nam si contrarium volebat, nulla erat difficultas cõiunctim ea disponere, & ibi Bald. & in l. voluntatis, C. de fideicom. Ias cons. 142. n. 24. vol. 2. Ancharran. cons. 129. in fin. Decian. cons. 63. n. 12. vol. 2. Honded. cons. 63. n. 64. vol. 1.* Y como el señor Cõde Duque expressò en el dicho poder de Toro testamentos, codicilos, mandas, y legados huuiera expressado fundaciones de mayorazgos, ex text. in c. ad audiẽtiam. 12. de decim. ibi: *Nam si intelligeremus tantũmodo de noualibus vbi ponimus de laboribus de noualibus poneremus.* Y deste estilo de hablar el señor Cõ. Duq̃ue en la clausula reuocatoria del testamento to del año de 42. omitida en el poder de Toro se manifiesta su volnntad de que se conseruasse la fundacion del mayorazgo de la Casa de Sanlucar, ex text in *l. si seruus plurium, 50. §. fin. ff. de leg. 1.* ibi: *Ante omnia ipsius patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est, l. nummis, 73. ff. de legat. 3. cum aliis.*

72 Esta misma costumbre, y inteligencia tuuo la señora Condesa Duquesa en el testamento q̃ otor torgò, como comissaria del señor Conde Duque, pues

pues reconociendo que la clausula del poder de q̃ vsò, solo reuocaua testamentos, codicilos, y mandas, puso expressa reuocacion de mayorazgos para incluir el de la Casa de Sālucar del año de 42. pero no puede obrar cosa alguna esta reuocacion expressa de mayorazgos, pues le faltò comision, y facultad para ello respecto del señor Conde Duque, ex d. l. 34. Tauri, y respecto de si misma se hallaua impedida por la renunciacion general de ganācia les que hizo en fauor del dicho señor Conde Duque de que vsò en la fundacion que hizo del dicho mayorazgo, y Casa de Sanlucar el año de 42.

73 La interpretacion referida, ademas de el fundamento que tiene en la costumbre de hablar del dicho señor Conde Duque, y dicha señora Condesa Duquesa, es constante por derecho en esta materia, pues no se comprehende en la clausula general aquello que tiene especial disposicion, y diferente calidad, *c. fin. de offic. Vicarij*, ibi: *Cum in generali cō-cessione ne qua quam illa veniant, quæ non esset quis verisimiliter concessurus*, nec in dispositione generali veniunt ea, quæ sunt diuersæ qualitatis, vt cum pluribus tenet *D. Larrea. alleg.* 58. *n.* 31.

74 Y siempre se ha de hazer la interpretacion, de suerte que se conserue lo especialmēte dispuesto, sin que se comprehenda debajo de qualquier clausula general, ex text. in *l. doli clausula, ff. de verbor. oblig. l. si hominem, ff. mandat.* & vt docet *Bart. in l. sciendum in princ. ff. qui satisdare cogantur*, *& in l. omnes populi, 3. q. principali circa fin. ff. de iust. & iur.* y otras autoridades que refiere y sigue *Crau. cō*s*. 70. n.* 16. & melius, *cons.* 144 *n.* 14. ibi: *Quando præcedit dispositio specialis, & sequitur generalis, si prima potest aliquomodo saluari, & similiter secunda sequens in alio casu, tum sequens nunquam censetur derogare pri-*

mæ

mæ, sed semper limitatur, & restringitur à prima, etiã si dispositio sequens habeat clausulam generalem non obstantibus quibuscumque contrarijs, y prosigue refiriendo muchas autoridades, y lo mismo resoluieron *Petr. Cauall. cons. 72. n. 31. cum seqq. tom. 2. Ioã. de MõteSperel. cõs. 119. ñ. 5. & 6.* y es digno de põderacion lo q̃al proposito funda *Castill. de vsufruct. c. 39. n. 33. & n. 37.* alegando à Peralta, y à otros Autres del Reino que hablan en terminos de fundaciõ de mayorazgo reuocable, que eo ipso, q̃ no huuo especial reuocacion, fue visto quedar cõfirmado, aunque huuiesse reuocacion general.

75 Demas desto en la palabra heredera, no se pueden comprehender los bienes de mayorazgo; ò fideicomisso, para que disponga dellos libremente el heredero *Barth. Soc. cons. 92. in tertio dubio, n. 23. lib. 3.* vbi quod non videtur testator dispossuisse, de bonis fideicomisso subiectis. aunque pudiesse disponer dellos libremente, sino hizo particular, y expressa mẽcion dellos. *Paris. cons. 44. n. 18. lib. 3. Surd. decis. 93. à n. 15.* vsque ad 20 *Alex. Ludiu. dec. 271. n. 1. & 2.* & ibi *Beltram. n. 27.* idem: *Beltram. in annotatione ad decis. 102.* eiusdem *Alex. Ludouis. n. 10.* donde resuelue con otras autoridades, que en la institucion de vniuersal heredero, no se comprehenden bienes desta calidad, sino lo expressa el testador, aunque tuuiesse facultad, y libertad de disponer dellos, y es cierto, que las mercedes que su Magestad hizo al señor Conde Duque de titulos de Duque Conde, y Marques por su naturaleza, son de mayorazgo, *Tiraquel. de iur. primogen. q. 4. Padill. in l. cum quidam, num. 24 ff. delegat. 2. Burg. de Paz in princ. leg. Tauri, n. 78. Mieres de maiorat. 1. part. q. 12. n 10. & 11. Matienzo in l. 1. glos. 1. n. 10. & in l. 11. glos. 7. n. 3. tit. 7. lib. 5. Recop.* adonde refie-

re a *Greg.Lop.in l.12.tit.1.partit.2.glos.1. Antonio Gomez in l.40.Tauri, n.12. Arias Pinell.in leg.1. 3.part.n.17.C.de bonis matern.D. Moli.lib.1.de primog.cap.11.n.5. cum seqq.& n.10.& seqq. Parlad. in sexquic.different.18.§.1.n.4.&* 6.cum alijs.

76 Y no estando comprehendidos estos titulos (que por su naturaleza son de mayorazgo) en la institucion de heredera que se supone en bienes libres; los llamamientos, precisamente se han de tomar del testamento del año de 642. porque la voluntad del testador se infiere, y conoce, etiam ex TESTAMENTO REVOCATO, *Dec. cons.515 n.5.& 6.Crauet.cons.113.n.6.*vbi alios refert *Menoch.cons.434 n.40.Fusar.cons.72.n.16.*

77 Y esto procede con mayor seguridad en este caso, porque los estados de Maitena, y Açarcollar, que estauan dados a don Enrique Felipez de Guzman, hijo del señor Conde Duque, y a sus descendientes; por las capitulaciones matrimoniales, y cõtracto irreuocable (y q̃ por esta causa los posseia) no se pudieron comprehender en la institucion de heredera, por estar enagenados, y en poder de tercero, ex *l.sequẽs quæstio, ff.de legat.2.*que es texto singular a este proposito *l.cum virum,C.de fideicom.* y assi en semejante caso lo defiende *Sygismund.Lofred cons.5.n.17.* y *Ant. Monac.decis.Bononiens. 71.n.27.& seqq.*omninò videndus, vsque ad *n.*34. adonde con muchas autoridades resuelue en nuestros terminos, que la disposicion general no cõprehende, ni se estiẽde a lo q̃ especialmente estaua proueido, y *Anelo Amato cons.7.n.16.*que tambiẽ habla en este punto, y *Rodrig.Suar.cons.9.n.34.*

78 Y es de notar que lo dispuesto en el mayorazgo de Maitena, corre con igualdad sin diferencia alguna en el Estado de san Lucar; porque la vna

ca-

casa està substituida a la otra reciprocamente;de-manera,que faltando en qualquiera de las dos sucesion,se ha de suplir de la otra,y assi participan de vna misma naturaleza;y no auiendose incluido el mayorazgo de Mairena,y Azarcollar, en la institucion de herencias por precisa consequencia,corre lo mismo en el Estado de san Lucar.

79 de todo lo dicho se sigue, que el señor Duque de Medina de las Torres,no puede fundar su pretension en la disposicion de la señora CondesaDuquesa del año de 45.

80 *Lo primero*, porque como Comissaria,no pudo reuocar el testamento del año de 42.ni del señor Conde Duque se puede presumir que quisiesse reuocar el mayorazgo que en el hizo,no auiendolo expressado.

81 *Lo segundo*,porque si la señora Condesa Duquesa quiso vsar del titulo de *heredera*,en la vniuersalidad,no se comprehendieron los bienes feudales,emphiteuticos,ni de mayorazgo,ò fideicomisso,aunque el señor Conde Duque pudiesse disponer libremente dellos; y mucho menos en los que estauan enagenados, y en poder de tercero por contrato irreuocable, y aunque no lo fuera.

82 *Lo tercero*,porque si esta disposicion se tiene por propia de la señora Condesa Duquesa,como heredera del señor Conde Duque,pudo reuocar el mayorazgo que con esta calidad de heredera, huuiera hecho como propia disposicion suya, aunque huuiera hecho el mayorazgo con facultad Real, por la *l.44 de Toro*;pues respeto del señor Duque de Medina de las Torres,no le toca caso alguno de los exceptuados en ella, y bastantemente lo ha reuocado la señora Condesa Duquesa, pues refiere en su codicilio, que no supo q̃ el señor Conde

Du-

Duque auia hecho otro testamento, en el año de 642. porque no huuiera contrauenido en cosa alguna a su voluntad, ni la huuiera alterado, ni mudado.

83 Y assi es indubitable, que falta al señor Duque de Medina de las Torres, la voluntad del señor Conde Duque, porque por el dicho testamento, dio prelacion al señor Marques de Leganes, y sus descendientes, en la sucession destas casas, y mayorazgos.

84 Falta tãbiẽ al señor Duq̃ la volũtad de la señora Condesa Duquesa, pues refiere, q̃ por ignorancia del dicho testamẽto, o error dispuso diferentemẽte de lo que se contenia en el, & ignorantis, & errantis nullus est sensus & nulla dispositio, *l. si post diuisionem* 4. *l. cum testamentum* 8. ibi: *Cum errantis voluntas nulla sit effici non potuerunt*, *C. de iuris, & facti ignoratia*, *l. si per errorem*, *ff. de iurisd. omn. iudic.* ibi: *Quid enim tam contrarium consensui est quàm error? l. 2. in princ. ff. de iudicijs*: Ergo iniquissimum est, que el error, o ignorancia de la señora Condesa Duquesa, se pueda pretender que dio derecho al señor Duque de Medina de las Torres, *l. iniquissimum* 5. *ff. de iur. & facti ignorantia.*

Todo lo que se ha fundado por nuestra parte, q̃ mira a la justicia principal, haze indubitable la del señor Marques de Leganes, y Marques de Morata, pero no era necessario para el articulo de la manutencion; porque en el solamente se ha de atender a la possession de hecho actual, y corporal, sin que se aya de disputar del derecho della. Et ita speramus. Salua, &c.

Lic. D. Antonio de Castro. *Lic. D. Gabriel de Prado.* *Lic. Paulo de Vitoria.*

Conque [illegible] en el año de [illegible]
[illegible]
[illegible]

Y aféctense [illegible], que sea al [illegible] de [illegible] Tomas, [illegible] [illegible] [illegible].

[illegible] [illegible] [illegible] Don [illegible] [illegible] [illegible] al señor Duque [illegible] [illegible].

Todo lo que [illegible] [illegible] señor Marqués de Leganés [illegible] [illegible] [illegible].

[illegible] [illegible] [illegible]